166



POR

El Conde de Peñaflor.

CON

Don Diego Pamo de Contreras, D. Gabriel Vazquez Dauila, don Luys Vazquez, don Garcia de Minchaca Manzanedo, y don Pedro de Minchaca.

Opositores à la Tenuta, y possession del mayorazgo que fundò el señor don Rodrigo de Arze Presidente que fue de Castilla, y del Consejo de Estado, y vacò por muerte de doña Iuana Vazquez de Arze vltima posseedora.

PRESVPVESTAS las clausulas de la fundació, què con el memorial ajustado por el Relator, se dan impressas. Y presupuesta assimismo la legitimacion de las personas cõforme por el dicho memorial constan, y el arbol, que tambien esta dado impresso, Num. 1.

La pretension del Conde de Peña-flor,es.

Nnm. 2. ¶ Excluyr à sus competidores,y que à el, y no à otro toca la Tenuta, y possession deste mayorazgo,y se le ha de dar con los frutos, y rentas desde la muerte de la vltima posseedora

Num. 3. Y para fundar este intento,breuemente se ha de reduzir el discurso à dos puntos,ò articulos principales.

Num.4. En el primero se hara euidencia de la inclusion del Conde de Peñaflor,a la sucession deste mayorazgo conforme a sus clausulas,calidades,forma,y orden de suceder,que pide el fundador.

Num.5. En el segundo,hablando con cada competidor en particular se probara que ninguno le puede hazer competencia en el estado presente,y se excluyran sus fundamentos.

Articulo primero.

Inclusion del Conde.

Num.6. ¶ Algunos de los competidores viendose en grado mas remoto pretenden anteponerse por la prerrogatiua de linea;el que le parece tiene la proximidad del grado, dize que esta ha de determinar la question sin que se aya de atender a precedécia de linea.Y porque de ajustar esta question pende la determinacion deste pleyto; pues si se asienta que la proximidad del grado es la que se ha de buscar sin atencion de linea,facilmente esta hallada en cada Litigante mirando primero si la tiene probada,y al contrario si la prerrogatiua de linea huuiesse de preualecer, tambien es facil hallar en cada competidor el lugar que ocupa para la sucession conociendo la mayor, ò menor edad de las cabeças de donde se deriuan las tales lineas.

Num .7. Y asi con la breuedad posible hemos de hazer demostracion que en los terminos de nuestro pleyto por *disposicion de derecho,* y por *la del fundador* deste mayorazgo,y su voluntad clara, y literal conforme las clausulas de su fundacion;La proximidad del grado aquien la tuuiere indubitablemente,y mejor probada ha de dar la Tenuta,y sucession del sin que la prerrogatiua de linea (que no lo ay en nuestro caso) embarace a la proximidad.

Ex

Ex dispositione iuris.

¶ Aunque es assi, que de las quatro obseruaciones, que como reglas ordinarias gouiernan la succession en los mayorazgos, linea, grado, sexo, y edad, la primera, y la que prefiere a todas es la de la linea. Porque como dixo Marino Frecia de fæud. tit. de fæud. hæredit. antiq. num. 22. quien tiene en su fauor la linea, no necessita llegar à la precedencia de grado. *Ex quo lex priuilegiat lineam* (dize) *postea gradum, statim sexum, deinde ætatem, non est curandum de gradu nisi in linea, nec de sexu, nisi in gradu, nec de ætate nisi in sexu*, referunt Addit. Mol. lib. 3. cap. 4. n. 13 & 14. Num. 8.

Nihilominus tamen, para que vno se diga tener la prerrogatiua de linea en especial siendo transuersal (quales son todos los que cópiten este mayorazgo, assi respecto del fundador, como del vltimo posseedor) no basta ser pariente, ò descendiente en qualquiera grado, aunque le tenga fixo, y determinado, sino que juntamente es necessario que aya ocupado, sino la sucession actual à lo menos la causa proxima, è immediata a ella, alias enim, para lo que toca al derecho de suceder, ni se considerara linea, ni prerrogatiua alguna respecto della. Num. 9.

Para que esto se compruebe con fundamentos, y razones eficaces que conuençan, hemos de examinar la question cogiendola desde su rayz, y primeros principios. Num. 10.

Si huuieramos de gobernarnos por el derecho comun no era question. Porque agora se siga la opinion de Baldo, y sus sequazes, in l. cum ita, § in fideicommisso, ff. de leg. 2. qui reprehendentes glossam ibidē tenent, que en los fideicommissos siempre se mira a la proximidad del grado absolutamente sin derecho de representacion, ò prerrogatiua de linea en ningun grado ni persona, de qua Baldi opinione est videnda decisio, Hieronymi Laurentij 37. num. 9. & 16. latissimè, & erudite, Aluar. Valasc. de iur. emphit. quæst. 50. nume. 31. 32. & seqq. Num. 11.

O que se siga la opinion mas cierta de la gloss. in dict. l. cū ita, § in fideicommisso de qua latissime per Fusariū de substit. quæst. 485. num. 1. & 2. & pluribus seqq. videlicèt, que assi se sucede en los fideicommissos temporales, y perpetuos, como en las herencias abintestato, en las quales sola se atiende Num. 12.

de

de la proximidad del grado, y en casos señalados se admite la representacion; en vnos representãdose el grado, y no la persona, como es en el nieto, visnieto, & deinceps, respecto del abuelo, y demas ascendientes; en otros representãdose la persona, y no el grado, como en el sobrino, quando concurre cõ el tio, vt ex communi notarũt Bart. *in l. 1 § si nepos. ff. de collat. dot & in l. 1. § si filius. C. de coniun. cum emãc. lib. & in l. si auus per text. ibi in 2 quæst. & ibidem* Baldus *in 4 opposit. C. de lib. præt.* D. Castillo *lib. 3 controu. cap. 19 num. 61. &* 62. Fusar. *ijs & alijs pluribus relatis de substit. dict. q. 485 num. 29.* versic. *Sed hoc non videtur absolute verum.*

Num. 13. De forma, que iure communi inspecto, la proximidad es la que se atiende, y a lo summo solo se dà derecho de representacion en los descendientes, prout diximus, y en los trãsuersales al sobrino, para con el tio solamẽte. Y siendo como son en nuestro pleyto todos los cõpetidores transuersales en grados muy remotos, assi respecto del vltimo posseedor, como del mismo fundador, es sin linage de duda, que la proximidad del grado sin otra atencion de linea, ni representaciõ auia de determinar la question.

Num. 14. Cum autem nemini veniat indubium, que las leyes del Reyno han de decidir este punto por ellas, y razones, y doctrinas, que se ajusten a ellas, hemos de procurar comprobarle.

Num. 15. En España el Norte por donde se gobierna la forma de la sucessión de los mayorazgos, es la ley 2. tit. 15 partit. 2. vt notarunt Molin. in præfat. de primog. num. 22. & lib. 1. cap. 2. n. 18. Carranç. de hum. part. sect. 1. n. 20. pag. 362.

Num. 16. Esta ley en el versic. *E por ende*, con claridad dezide nuestra conclusion, videlicèt, que no se considera la prenascencia para la prerrogatiua de linea, y primogenitura en el que ni sucediò, ni tuuo la causa immediata de suceder, por estar preferido de otro. *E por ende* (dize la ley) *establecieron, que si fijo varon, y non huuiesse, la fija mayor heredasse el Reyno.* De aqui se deriua la regla de prioridad de linea; la razon, como del texto de la misma ley cõsta, es por hallarse la hija en la linea del vltimo posseedor.

Num. 17. Prosigue la ley in hæc verba *E aun dixeron, que si el hijo mayor muriesse antes que heredasse, si dexare fijo, ò fija, que aquel, ò aquella lo huuiesse, è non otro alguno.* De aqui D. Molin. lib. 3. cap.

6. n.

6.num. 16. distingue literalmente las dos lineas, vna de succession actual, que tiene principio en el hijo primogenito q̃ succediò, y otra de primogenitura immediata, aunque realmente no aya succedido.

Progreditur lex vlterius, à preuenir el caso de fenecerse estas dos lineas, actual, y de aptitud immediata, ibi: *Pero si todos estos falleciessen debe heredar el Reyno el mas propinquo pariente.* Donde decide apertis verbis, que faltando la linea recta del successor actual, y la del immediato primogenito, no ay mas linea, ni prerrogatiua della, y hemos de acudir a la regla segunda de la proximidad del grado (que necessariamẽte ha de ser compitiendose entre colaterales, ò transuersales) porque no ignorò el legislador, que entre hermanos, y demas transuersales mas remotos auia prenascencia, y mayoria de edad (pues aun en el parto gemino la ay, l. Arethusa, ff. de stat. hom.) y cõ todo ello no quiso hazer caudal de esta prenascencia, ò primogenitura de edad, sino que passo a la proximidad, dandola por primera regla entre transuersales, sin hazer estimacion de prioridad de nacimiento, que no estè assistido a lo menos de la esperança immediata, y causa proxima a la sucession. Num. 18.

De lo literal, y claro desta ley, entre otras haze vna ilaciõ el señor don Iuan del Castillo tom. 5. controuersiarum, cap. 93. num. 9. en el versic. *Octaua conclusio*, muy a este proposito ibi: *Secunda, quod sicut in Regni successione deficiente linea recta descendentium successio defertur proximiori etiam transuersali, vt probatur expressè ex eadem lege partitæ, ita in successione maioratus dicendum sit, vt deficientibus descendentibus maioratus successio proximiori, etiam transuersali deferatur, quod etiam adnotauit atque exornauit latius ipse Molina dict. lib. 3. cap. 4. & 6.* Donde es de notar, que dize ser esto mismo lo que enseñò Molina en los lugares que le refiere, para que hagamos reparo, q̃ el señor Molina, y los demas Autores, que hablan desta materia, quatenus tenent, que cada primogenito constituye linea para si, y sus descendientes, aunque no ayan llegado a suceder, hablan de los primogenitos de la linea recta, por donde va caminando la sucession, prout expressè constat ex eod. Molin. dict. lib. 3. cap. 6. à num. 33. & sequentibus. Y el, y todos los demas van siguiendo la disposicion de la ley de Partida, lleuandola delante, como guia de la materia, con el capitu- Num. 19.

pitulo 1. de natur. success. fæud. en aquellas palabras, *Ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt ex qua iste fuit*, y hablan del primogenito, quien immediatamente estaua proximo a la sucesion.

Num. 20. Despues desta ley de partida vino la 40 de Toro: y esta no induze nueua disposicion, sino que declara el derecho antiguo de la ley de la Partida, & hoc de communi intelligentia regnicolarum interpretum, y por esto comprehende los mayorazgos fundados antes della, ex Molin. dict. lib. 3. cap. 6. num. 29. & quos ibi, Additionatores cumulant (aunque Auēdañ. in ead. l. 40. gloss. 2. num. 25. & 28. alter Molina de iust. & iur. disp. 625. num. 53. en esto sintieron lo contrario.)

Num. 21. Siendo pues como es cierto, y assentado, q̃ la ley de Toro no formò nueua disposicion, sino q̃ solo declarò la antigua. Como la ley de Partida, auia dicho, y declarado, que se auia de suceder por linea derecha, y desta regla auia sacado la representaciō en el nieto del hijo primogenito, dādosela, y poniendole en lugar de su padre, muerto antes de suceder, restaua solo declarar, si esta sucesion, y representacion en el nieto, hijo del primogenito, que tuuo, y ocupò la causa immediata, auia de entenderse, y ser comun à descendientes, y transuersales; estò declarò la ley de Toro explicando, q̃ aquella causa proxima, y esperāça immediata de suceder en el primogenito del vltimo posseedor, se ha de entēder tambiē en la misma forma en el transuersal immediato sucessor a falta de descendientes igualando los dos casos, el de la linea recta descendiente con el transuersal.

Num. 22. Porque dize assi esta ley 40. *En la sucession del mayorazgo* (habla de la linea derecha) *aūque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, ò de aquel a quien pertenece, si el tal hijo mayor dexare hijo, ò nieto, ò descendiente legitimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su orden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor, ò de aquel a quien el dicho mayorazgo pertenecia*: y determina la question antigua del tio, y sobrino, dando la representacion del hijo al padre, y del nieto al abuelo, presuponiēdo por fundamento la calidad de primogenitura de la causa immediata, porque della, y en ella va hablando: y luego prosigue, ibi: *Lo qual no solamēte mandamos que se guarde, y platique en la sucession del mayorazgo à los ascēdientes, pero aun en la sucession à los transuersales.*

Y la

Y la fuerça de la palabra relatiua *Lo qual, &c.* es de tal naturaleza, q̄ junta, y equipara vnos mismos casos con vna misma calidad vniformemente, y assi pide esta ley la misma calidad de causa proxima, è immediata en la persona que ha de ser representada en la sucessiõ de los trāsuersales qual la requiere, y pidiò en la sucession de la linea recta, porq̄ dispone vniformemente en descendientes, y transuersales, D. Castillo lib. 3. controu. cap. 19. num. 185. fol. 269. column. 3. in princip. Salced. de repræsent. lib. 2. cap. 29. num. 20. & 21. ac per cõsequens, no se puede admitir prerrogatiua de linea, ni representacion, si el transuersal, principio, y cabeça de linea, no tenia a lo menos la immediata esperança de suceder. Num. 23. Relatiuo y vi

Esta opinion que siempre juzguè verdaderissima, y ajustada a los principios elementales de la materia la tienen Auendaño in dict. l. 40. gloss. 7. per tot. vbi neruose disputat, & defendit, & gloss. 14. à num. 25. vsque ad 28. Vbi etiam constanter tenet, que no constituye linea, ni tiene que transmitir derecho de primogenitura a sus descendientes, el que no ocupò la primera causa en la sucession. Num. 24.

Flores de Mena *ad Gam. decis. 95. part. 1.* versic. *Septima conclusio*, ibi: *Nec video qua ratione descendens à maiori possit eum representare aut ab eo ius aliquod accipere virtute transmissionis, si ipse ascendens non fuit vocatus, nec de linea vocati, nec vnquam vllum ius primogenituræ certum, & probabile habuit, sed solum vanam spem, & remotissimam scilicet sub conditione, si deficiẽtibus vocatis in humanis existat tanquam proximior, &c.* idem decisione 348. part. 2. donde se remite a otros lugares. Num. 25.

Alexand. Raudens. *consil. 142. num. 125 in fine, & num 126. inter consilia vltim. volunt. volum. 2.* Menoch. *cons. 269. à num. 8. & à num 21. vsque ad 28. & à num. 63. vsque ad 68. lib. 3.* D. Christobal de Paz *de Tenut tom 1 cap. 35 ex num. 14.* vbi ad idẽ inducit l. 40. Taur. D. Larrea *decis. Granat disput. 8. num. 50. legendus à num. 41.* Ex cuius doctrina aperte animaduertitur, que assi en descendientes como en transuersales, la mayoria de edad no produze qualidad de primogenitura, quoad successionem, sino la actual sucessiõ, ò la causa proxima, è immediata de suceder: porque el que no està assistido de vna destas dos calidades, aunque sea de mas edad a lo natural por auer nacido primero, no serà primogenito a lo ciuil para la vẽtaja de linea. Num. 26.

La razon muy bien la traxò D. Castillo *tom. 5 controuersiarũ* Num. 27.

cap. 93. num. 10. in hec verba. *Ratio est manifesta, quia in hac materia linea, & proximitas non attenditur respectu lineæ sanguinis, sed respectu lineæ successionis sicuti probatur in eodem cap. 1. de natura success. faud. Quia linea quæ non causat prorrogatiuam succedendi, non attenditur, nec etiam gradus, nec sexus quando eandem prerrogatiuam non causant.* Larrea *dict. disput. 8. num. 48.* versic. *Ita etiã immediatus successor in quo residet ius primogenituræ, &c.*

Num. 28. Y en el numero 50. dict. disput. 8. con Menochio *consil. 97. num. 14. & seqq. lib. 1.* donde distingue dos especies de primogenitura, vna natural, iuxta quam ætate, vel natu maior dicitur primogenitus, otra ciuil à lege inducta ad successionem, haze la misma distincion diferenciando con ella la linea natural de la ciuil, y assentando que a esta ciuil la constituye, y produze el immediato sea transuersal, ò descendiente, y que la natural sola de por si, non habetur in consideratione, y assi concluye, que el immediato tiene este derecho de primogenitura, y prerrogatiua de linea, ibi: *Ex ea quidem* (linea ciuili) *frater secundus vel alius collateralis immediatus successor dicetur similiter primogenitus quasi primogenitus à iure; ex eleganti doctrina Bald. in l. eã quã, C. de fideicõmis. n. 44. & notauit* Rebuf *in tract. de pacif. possess. n. 111. Micres de morat. 1. tom. 2. part. q. 3. num. 58. Menoch. consil. 97. num. 2. & seqq. & cons. 220. nu. 115. & proximum in successione nullus inficiabitur illum quem post eum qui possidet nemo ad succedendum antecessit.*

Diferentias inter Lineas naturales et civiles —

Num. 29. Franciscus à Sousa *in repetitione l. fœminæ 1 part. num. 280 & pluribus sequent.* Y en el num. 293. pagina 83. con Ancharrano *consil. 339. num. 24.* Butrio *consil. 47. num. 3.* Tiraquel. *de primogenijs quæst. 40 num. 69.* y con otros que refiere habla con mucha erudiciou, y claridad, y para declarar lo que en mayorazgos se llama prerrogatiua de linea, dize, que segun lo q̃ los Doctores aduierten, ay tres maneras de lineas. Vna la que formò el actual sucessor. Otra la del primogenito, que en su vida tuuo la esperança proxima, è immediata a la sucesion, porque ninguno le precedia, y muriò antes de suceder. La tercera, la de los otros que tienen llamamiento remoto, que no es linea de sucessor, ni de primogenito, por no auer ocupado la sucesion, ni llegado à ser immediato. Y desta vltima dize, es mas seguro, que no se ha de hazer estimacion, porque no se funda en derecho ni razon alguna, ni es poderosa a vencer el grado, ni al sexo, ni a la edad.

Esta

Esta tuuo por cierta Fusario consil. 39. num. 29. tom. 1. donde refiere, y tiene con quarenta y dos Autores que junta, y entre ellos a Gaspar Thesauro, que en terminos de primogenitura refiere otros quarenta y siete, que la opinion de los que dizen, que en el mayorazgo ha de preferir el sobrino al tio, la entienden los mismos Doctores q̃ la lleuan, quando al padre se adquiriò derecho, y se radicò, y entrò en su linea, y entre ellos cita, y induze para esta conclusion al señor Molina lib. 3. cap. 6. nu. 29. & seqq. donde como arriba se anotò assentò las dos lineas, vna de sucession actual, otra del primogenito immediato, que muriò antes de suceder, y hizo linea, y transmitiò el derecho de primogenitura en el hijo, ò descendiente legitimo que dexò, que alias no pudiera; para q̃ se vea como leuantan testimonio al señor Molina los que dizē, que lleuò la opinion contraria. Num. 30.

Deste sentir fue tambien Gratiano *discept. for. 456. num. 3. & seqq. tom. 3.* donde assienta, que por la proximidad del grado diò el Reyno de Sicilia por su sentencia el Papa Bonifacio a Roberto, y no por prerrogatiua de linea, ni representacion, porque ni el, ni los que podian competir la sucession eran immediatos, sino que estauan en vlterior grado: y assi dize, ibi: *Neque obstat, quod adducitur de sententia Bonifacij dantis Regnum Siciliæ Roberto. Quia ibi non tractabatur de successione aui, nec patrui sed alterius remotioris in qua filius nunquam assumit locum patris, Bart. in auth. post fratres, C. de leg. hæred. & in specie declarat Tiraquel. de primog. q. 40. n. 167.* Num. 31.

Et merito, porque si el nacer primero, que es la edad, huuiesse de dar la prerrogatiua de linea, y el efecto de representacion en todos los que de alli se deriuassen, jamas auria lugar la precedencia del grado, ni en los que estan en vna misma linea, pues es cierto, è infalible, que el vno se ha de hallar con primero nacimiento, y este le darà la prerrogatiua de linea sin llegar a la del grado. Y como este es absurdo; porque destruye los principios elementales desta materia haziendo ociosa, vana, y sin efecto la segunda regla, y obseruacion del grado (que es la principal, y mas poderosa despues de la linea) y que a la edad se atribuyan todos estos efectos, y decida todas las questiones, poniendola en primero lugar siendo la vltima, assi por este, como por los demas fundamentos que quedan dichos parece la opinion que defendemos, maximè, Num. 32.

in punto iuris verdaderissima: y de ellos nace sin dificultad la solucion a los de la opinion contraria, que por no detener nos, ni ser necessario no se ponen aqui.

Ex voluntate testatoris.

Num. 33. ¶ Desta misma opinion seguramente podemos dezir, que fue el señor Presidente de Castilla don Rodrigo Vazquez de Arçe, fundador deste mayorazgo, y porque no estuuiesse sujeta a encuētro de opinines (qual fue la del señor Castillo tom. 3. controuers. cap. 19. à n. 172.) la puso por ley a la sucessión del, quod patet.

Num. 34. Porq̄ despues q̄ ha llamado en primer lugar a don Diego de Arçe su sobrino, hijo del Mariscal Melchor Vazquez su hermano, y a sus descendientes deste sobrino, preuiene el caso en que todos ellos falten, y faltando, dize, memorial numero 1. ibi: *Suceda en los dichos bienes, y mayorazgo el pariente mas cercano en grado de mi linage, que conforme a derecho deua suceder.* Y porque con esta generalidad a su intento no quedaua seguro, luego prosigue, mem. num. 5. *Iten declaro, que quando al vltimo posseedor deste mayorazgo huuieren de suceder sus descendientes, los que descendieren del hijo mayor, representen la persona de su padre predifunto en vida del vltimo posseedor; y lo mismo se guarde quādo concurran à suceder al dicho vltimo posseedor trāsuersales del primer grado, que sean hermanos suyos, con sobrinos hijos de otro hermano mayor predifunto en vida deste vltimo posseedor; empero que en otro grado alguno no se admita, ni aya representacion, y suceda en el mas cercano en grado; de lo qual se entienda, y para quitar toda duda lo declaro, que no aya, ni se admita la dicha representacion, quando concurran a la sucessión primos hermanos entre si solos, aunque sean descendientes todos de hermanos del vltimo posseedor, sino que entre ellos se prefiera el mayor al menor, y el varon a la hembra, aunque ella sea mayor, sin tener consideracion, ni quenta con las personas de sus padres.*

Num. 35. Y prosigue assentando por necessario para los efectos dichos el auer ocupado el que premuriò la causa proxima, è immediata a la sucessión, dict. num. 5. ibi: *Y assimismo declaro, q̄ en los dos casos en los que conforme a lo suso dicho se ha de suceder por representacion, se entienda, quando la persona predifunta, que se preten*

dé

de representar alcançò en su vida à tener primera causa,ò el primer grado en la sucession al vltimo posseedor,y faltando esto, suced a el mas cercano en grado sin hazer quenta ni consideracion de representacion.

Desta disposicion resulta,que la opinion que hemos querido assentar para mayor claridad de lo mismo que el fundador dexo ordenado,es indubitable en nuestro pleyto. Y que no le obsta la prematica del año de 615.que es la *ley* 14.*tit.* 7. *lib.* 5.*in nouiss.Recop.*que dà derecho de representacion en todos los grados,tiempos,lineas,y personas, assi descendiẽtes, como transuersales,porque tiene dos limitaciones. Num.36.

La vna,que no se entienda en los mayorazgos fundados antes de la promulgacion desta ley,vt constat ex verbis ipsius legis,ibi:*En los mayorazgos,vinculos,patronazgos,y aniuersarios,que de aqui adelante se hizierẽ*,vt in l.vnica in fin.C. de cad. toll.ibi:*In his defunctorum elogijs,quæ post hac composita fuerint, anteriores etenim casus suo Martes discurrere censemus.* Y este mayorazgo sobre que se litiga es fundado muchos años antes. Num.37.

La segunda es,si expressa,y literalmente estuuiere dispuesto lo contrario,y quitado la representacion,ibi: *Sino es que el fundador huuiere dispuesto lo contrario,y mandado que no se suceda por representacion, expressandolo clara,y literalmente,&c.* Y en nuestro caso el instituydor deste mayorazgo expressis verbis clara,y literalmente excluyò la representacion,y solo la admitiò en dos casos El vno,en los descendientes del hijo primogenito,que muriò en vida del vltimo posseedor.El otro, quando el vltimo posseedor muriò sin hijos,ni descendientes,y cõcurrẽ a la sucessiõ el hermano deste vltimo posseedor cõ el sobrino,hijo de otro hermano mayor,y en todos los demas casos puso exclusiõ de represẽtaciõ,aũq̃ fuessen hijos de hermanos del vltimo posseedor, q̃ son primos hermanos,cõcurriẽdo estos entre si solos a la sucessiõ,y no cõ el tio,hermano del tal vltimo posseedor. Y en estos dos casos en que la admitiò,fue tambien con calidad,que la persona predifunta q̃ se pretendiesse representar,*huuiesse alcançado en su vida à tener la primera causa,ò el primer grado en la sucession al vltimo posseedor.* Num.38.

Todo lo qual preuino,y dispuso el testador por palabras literales expressas,y claras que arriba quedan annotadas, ita Num.39.

vt cum in eius verbis nulla sit ambiguitas non sit voluntatis quæstio admittenda, l. ille aut ilic, §. cum in verbis, ff. de leg. 3. cum similibus.

Num. 40. Ex quibus liquido patet, que en este mayorazgo todos los competidores que oy litigan se han de valer de sola la precedencia del grado por sus personas sin prerrogatiua de linea, ni representacion de las de sus ascendientes, qual cada vno de los litigantes se hallò al tiempo que muriò la vltima posseedora, y por cuya muerte se litiga.

Prueuase la inclusion del Conde de Peñaflor.

Num. 41. ¶ El Conde, y los demas que compiten la sucessiõ hã de ajustar la proximidad del grado respectiua à la vltima posseedora, que es de donde se ha de regular, vt in l. 9. tit. 1. part. 2. ibi: *El fijo mayor, ò alguno de los otros parientes, que son mas propinquos a los* Reyes *al tiempo de su finamiẽto*, fuitque recepta sententia Socini *in l. si cognatis, ff. de reb. dub.* quã obseruat totius Hispaniæ communis vsus, teste Molina *de primogen. lib* 3. *cap.* 9. *num.* 20. Y es verdaderissima esta opinion, aunque la competencia sea entre transuersales al vltimo posseedor, vt per eundem Molinã vbi proximè, nume. 11. & sequentibus Addit. *ad eund. Molin dict. lib. 3. cap. 9. num. 3. vsque ad* 21. Netuose defendunt, & innumeros congerunt.

Num. 42. Y nuestro fundador lo entendiò, y quiso tambiẽ assi: porque auiendo preuenido el caso en q̃ el vltimo posseedor muriesse sin descendiẽtes, dexando sobrinos primos hermanos entre si hijos de otros hermanos; por hallarse estos en ygual grado al vltimo posseedor, quiere q̃ se prefiera el mayor al menor, y el varõ a la hẽbra, aunq̃ sea mayor sin representaciõ; de donde con euidencia se percibe, que quiso se regulasse del vltimo posseedor la proximidad, pues el mismo la regula assi, y la puso por regla, y exemplo della en los primos hermanos, para que en los vlteriores mucho mejor se entendiesse en esta forma. Pues no ay mejor glossa, interpretacion, ni inteligencia, que la que el mismo testador haze, ex vulgatis.

Num. 43. Funda pues el Conde, y enlaza su parentesco con la vltima posseedora, que es doña Iuana Vazquez de Arçe, en el ar-

bol,

bol,num.12.porque ella fue hija legitima de doña Madalena Vazquez,en el arbol num.10.Y esta doña Madalena fue hija de primero matrimonio de don Diego Vazquez de Arçe, en el arbol num.8.primer llamado al mayorazgo,hijo legitimo del Mariscal Melchor Vazquez en el arbol numer.6.y el Mariscal hermano de padre,y madre del señor D. Rodrigo Vazquez de Arçe fundador,porq̃ ambos fuerõ hijos delos señores Doctor Martin Vazquez de Arçe,y D.Catalina de Villo bela y Minchaca, en el arbol num.3 &4. Y esta señora D. Catalina,fue hija del Doctor Iuan Martinez de Villobela, y doña Ana de Minchaca su muger,en el arbol nume.28.la qual doña Ana num.28.fue hija legitima de Iuan Sanchez de Minchaca,en el arbol num.27.Este tuuo tambien por su hija legitima a doña Elena de Minchaca en el arbol numer. 33. hermana de dicha doña Ana,num.28.Esta doña Elena casò con Pedro de Villacis,Recetor general de la Inquisicion de Seuilla,y tuuieron por hijo a don Francisco de Villacis,en el arbol num.38.que casò con doña Isabel Ponce de Leon , y tuuieron por hijo à don Pedro de Villacis , en el arbol num. 39.que casò con doña Beatriz Lasso de la Vega , y tuuieron por hijo a don Francisco de Villacis Conde de Peñaflor , en el arbol num.40.que casò con D.Maria Enriquez de Sandobal,y tuuieron por hijo à don Pedro de Villacis del Abito de Santiago,y Conde de Peñaflor que litiga.

Està probado todo esto abundantemente,memor.nume. 404.y siguientes. Y lo que mas dificultoso era de probar , q̃ doña Ana de Minchaca num.28.abuela del señor Presidente don Rodrigo,fundador,y doña Elena de Minchaca num. 33.fueron hermanas legitimas,hijas de Iuan Sãchez de Minchaca num.27.està probado eficazmente,assi por la probança,que en otra Tenuta a este mayorazgo,hizo don Pedro de Minchaca,abuelo de don Pedro de Minchaca que litiga,como por la que ha hecho agora el mismo don Pedro , con vn testigo de vista,q̃ las conociò el Licenciado Hernan Carrillo de Gallegos Clerigo Presbitero,memor.num.478. y de oydas,y trato,y comunicacion,nombrando aquien lo oyò , y de publicidad notoria don Diego de Escobar Zambrana, memor.num.479.y 524.y num.534. Otros seys testigos de oydas,sin que ayã *sauido cosa en contrario*.Y de oydas publicas mas de otros doze testigos,memor.num.481.Y en la probã- Num.54.

ça

ça del Conde, ay tambien otros de oydas publicas, y notoriedad, y que fueron auidas, y tenidas, y comunmente reputadas por tales hermanas legitimas, hijas del dicho Iuā Sāchez de Minchaca, y que el testigo lo tiene assi por cierto por las noticias que tiene desta descendencia, memor. num. 408. y siguientes.

Num. 55. Y por otra probança, que el año de 1614. el Conde de Peñaflor, padre del que oy litiga, hizo ante el Teniente de Corregidor desta villa, probò con siete testigos de vista a vna 4. pregunta, memor. num. 468. y siguientes, que don Pedro de Villacis, abuelo del Conde que oy es, y el señor Presidente don Rodrigo fundador, como parientes que eran por parte de los Minchacas, vieron se trataron, y comunicauan por tales publicamente, y nombrādose como tales, y que respecto del dicho parentesco, el dicho don Pedro de Villacis entraua, y salia muy de ordinario en casa del dicho señor Presidēte, y posaua, comia, y dormia en ella, quando venia de Seuilla como tal deudo, y pariente, y los criados del señor Presidente le respetauan como a tal; y de la misma manera se tratò y comunicò con el Conde don Francisco de Villacis, padre del que litiga, llamandole de sobrino, y como a tal deudo, y pariente suyo el mismo le alcançò de su Magestad la merced de Abito, y otras cosas, que por menor refieren los testigos.

Num. 56. El mismo reconocimiento de parentesco, tracto, y possession, y comunicacion de tal con el dicho señor Presidēte fundador, prueba tambien cō testigos de vista dō Pedro de Minchaca, enlaçandole por las dichas doña Ana de Minchaca n. 28. abuela del fundador, y doña Elena su hermana num. 33. memor. num. 548. 549. y 550. Desta probança que la hizo el abuelo de don Pedro de Minchaca que litiga, en otra Tenuta a este mayorazgo, se vale el Conde para mayor comprobacion, y la tiene presentada, memor. n. 533. in fin.

Num. 57. Y contra estas probanças no se ha opuesto, ni probado, ni resulta cosa alguna en contrario, y assi con euidēcia se muestra, que el Conde ha probado cumplidamente su parentesco con el fundador hasta la vltima posseedora, y con la distinciō de grados, conforme al arbol que ha dado el Relator. Porq̄ en cosa tan antigua, y que los testigos no alcançaron a conocer à Iuan Sanchez de Minchaca num. 27. padre legitimo de

doña

doña Ana num. 28. y de doña Elena num. 33. es bastãte el testimonio de oydas, y fama publica, cap. de parentela 35. quæst. 5. l. 8. tit. 11. lib. 2. Recop. ibi: *Pero si el abuelo huuiesse sido tan antiguo, que los testigos no lo pudieron conocer, a lomenos que depongan del de oydas, y fama publica, y que esta deposicion sea auida por bastante, assi para la propriedad, como sobre la possession, si solo se siguiere el juyzio possessorio*, vbi in causa grauissima, & maximi præiudicij qualis est causa status, & nobilitatis aperte deciditur testimonium de auditu cum adminiculo famæ integram efficere probationem, non tantum in possessorio, quin etiam in proprietatis iudicio, Castillo *tom 6. controuer. cap. 122. num. 26. 27. & 29.* vbi ex multis reprobat, & communiter reprobari testatur ab omnibus interpretibus, & in omnibus Hispaniæ Tribunalibus Garciam *de nobilit. gloss. 18. numer 4.* qui tam aperta eius legis verba voluit in alium sensum retorquere, *& num. 23.* probat idem Castillo non solum admitti in antiquis in parentela consanguinitate cognatione, vel descẽdentia probanda testimoniũ de auditu, sed etiam de auditu auditus, maximè in antiquis memoriam hominum excedentibus, quod docet etiam, Peregrin. *de fid. art 43. num. 81 fol. 247. pag 2. & ex* Aretin *consil. 37. num. 3 & alijs*, Malcardus *de probationibus conclus 410 num. 10.* Farinat. *de test. quæst. 69. num 81.*

Y en nuestro caso no solamente està probado de oydas, y fama publica, sino que està probado por notorio, y ser notorio: porque son mas de veynte testigos los que quedan annotados, q̃ deponen saben fueron hermanas, hijas legitimas de Iuan Sanchez, por publico, y notorio, y que publicamẽte lo han oydo, y entendido assi. Esta probança induze notoriedad: porque aunque se suele dezir, que ad induc endum notorium requiritur certa scientia ex visu non ex auditu, Butr. in tract. de notor. art. 2. num 4 Bellamer. *decis. 736. incipit petitioni absolutionis, numer 3. & alij quos congerit*, Malcardus *de probation conclus. 1106. n. 20.* Num. 58.

Tamen cum simus in antiquis, lo contrario es cierto, hoc est, que los testigos basta que depongan desta notoriedad, y existencia por fama, que resulta de oyrlo, y tenerlo publicamente assi por tal sin cosa en contrario, vt ex Buttio *in cap. 1. de fid instrum col. 1. quem refert, & sequitur* Aretin. *consil. 37. column. 2.* Bald. *consil. 204. num. 6. lib. 4.* Decius *in cap. 1. num. 45. de* Num. 59.

appe-

appellat. Mili *in reper. verb. notorium facti de longinquo tempore,* idem Mascard. *dict. conclus. 1106. numer. 21. 22. & 23. ubi alios refert, &* Bart. *in l. scriptus hares de Relig. & sum pt. fun. ubi num. 2.* inquit quod communis, & antiqua credulitas habet *pro inconcusso, notorium dicitur.*

Num. 50. Y deponiendo tantos testigos desta pubicidad notoria, es mas sin linage de duda: porque tunc, ni tienen necessidad de dar autor aquienes lo oyeron, sino que publicamente lo tienen oydo, y entẽdido ser assi, vt ex pluribus quos refert egregiè notat idem Mascard. *de probat. conclus. 1249. numer. 21.* ibi: *Primo limita principalem ampliationem non procedere si magnus sit numerus testium veluti decem, secundum Felin in cap cum oportat, num. 6 de accus. & Bald. in auth. quod locum col. 2. C. de collat. vel septem testium, quia hic numerus etiam dicitur magnus, ut nuncupatim cauit Abb. consil. 72 num. 5. Nam tunc ex huiusmodi multitudine testium res dicitur notoria, unde tunc non est necesse exprimere aquibus personis audierint, idem Alex. in addit. ad Bart. in l. de minore, § plurimum sub num. 21 ff. de quæst & Guil. de Crem. consil. 10. incipit in Dei nomine in quæstione prædicta, & Domini de Rota, ut per Puteum decis. 12. de probat. in manuscript.*

Num. 51. Y todo esto se haze mas indubitable. Porque como arriba queda en el hecho aduertido, ay vn testigo de vista Sacerdote Presbitero mayor de toda excepcion, que principalmente depone de afirmatiua que fueron hermanas legitimas hijas de Iuan Sanchez, porque las conociò, y por ser publico, y notorio, y otras razones que dà. Y aunque no alcançò à conocer à su padre Iuan Sanchez, no importa. Porque es bastante deponer de las hermanas, vt in capite series de testibus, *à communi stipite vel agermanis* resoluio la glossa in cap. de parentela verbo, *diuerso*, 35. quæst. 6. versic. *Et debent vidisse quod se pro consanguineis habuerunt*, & versic *Si incipiunt à duobus fratribus, & bene probant illos fuisse fratres, sed de eorum patre nihil probant, & per alios descendentes probant gradus nunquid hoc sufficit? dico, quod sic, &c.*

Num. 52. Y en nuestro caso no solamente depone este testigo de afirmatiua, y conocimiento de vista à las dos hermanas, sino de publicidad notoria, auer sido, y ser hijas legitimas de dicho Iuan Sanchez.

Num. 53. Luego se esfuerça todo lo dicho con muchos testigos de vista, que arriba quedan annotados, que deponen auer visto

co

como el señor Presidente fundador deste mayorazgo, y D. Pedro de Villacis, y el Conde don Francisco de Villacis padre, y abuelo del que litiga, se tuuieron, reconocieron, trataron, y comunicaron por tales, y como tales cõ infinitos actos possitiuos de reconocimiento, y demostraciones del dicho parentesco, publica, y notoriamente, y que de todos fueron auidos, y tenidos, y comunmente reputados por tales. Y don Pedro de Minchaca abuelo de don Pedro que litiga, probò tambien lo mismo con otros muchos testigos, Lo qual es de tanta eficacia, no solo para hazer indubitable todo lo que queda dicho, sino que solo de por si esto vltimo era bastante para comprobacion del dicho parentesco cõ el fundador, porque constituye al Conde en possesion de tal pariente tan eficazmente, vt sufficiat non solum ad decisionẽ causæ in possessorio, sed etiam in decissorijs petitorij dummodo contrarium non probetur, vt lato calamo comprobat Peregr. de fid. art. 43. num. 67. & 68. Gratian. tom. 3. discept. 491. n. 19. & seqq. plures relati, & sequutià Mascar. de probat. concl. 411. num. 15. Castillo tom. 6. controu. cap. 122. nu. 2. fol. 66. & latius omnia congerens cap. 123. num. 5. & 6. versic. *Donec contrarium ab aduersario probetur* fol. 80. & 81.

Assentado por legitimamente probado el parentesco de parte del Conde, como lo està, segun el arbol, hallase en dezimo grado con la vltima posseedora, y en octauo con el fundador conforme el computo del derecho ciuil que es el que se ha de atender en sucessiones. Porque conforme à derecho Canonico quo ad matrimonia, hallauase en quinto con sexto con la vltima posseedora, y para con el fundador en quinto con tercero, vt ad oculum patet: Y respecto de q̃ como arriba se aduirtiò la proximidad se ha de considerar al vltimo posseedor, y no al fundador quien tambien assi lo quiso. En el dezimo grado en que se halla el Conde tiene inclusion à la sucession deste mayorazgo, y mejor lugar que qualquiera de sus competidores, como luego se mostrarà en la exclusiõ de cada vno dellos. Num. 54.

Aduirtiendo antes de salir deste punto, y articulo primero, y para remate del, que en quanto al requisito, y calidades que pide el fundador en la persona que huuiere de suceder, q̃ sea hijodalgo, y limpio de toda mala raza en propriedad, y possession, y sin que aya fama, ni rumor alguno en contrario Num. 55.

de

de parte de padre, ni de madre, y que lo mismo aya de concurrir en su muger, si fuere casado, ò casare despues. El Códe tiene comprobado concurrir en su persona, y en la de doña Eluira Quixada Ocampo y Villamizar, señora de villa Garcia su muger las dichas calidades por si, sus padres, abuelos, y demas antepassados por todas lineas, no assi como quiera, sino en tal forma que con razon se dirà que pueden competir con los Caualleros Ilustres de la nobleza mayor de España, que por no detenernos, ni repetirlo aqui por menor nos remitimos al memorial donde se podra ver a num. 447. hasta 457. & 473, hasta 476.

Articulo segundo.

Exclusion de D. Garcia de Minchaca.

Num. 56. ¶ Entre los demas competidores, el primero que se nos ofrece para su exclusion es don Garcia de Minchaca en el arbol num. 32. Esta se funda en que no tiene probado el parentesco, ni que sea del linage, y familia del fundador, antes lo cierto es que no tiene sangre alguna con el, ni con la vltima posseedora.

Num. 57. Quod euidens fit. Porque todo su fundamento es dezir, que doña Ana de Minchaca en el arbol num. 29. fue hija del Doctor Iuan Martinez de Villobela, y D. Ana de Minchaca en el arbol num. 28. padres de la señora doña Catalina de Villobela en el arbol num. 4. madre del señor fundador; de forma que quiere enlaçar el parentesco por este medio haziendo hermanas à doña Catalina de Villobela num. 4. madre del fundador, y à doña Ana de Minchaca num. 29. visabuela de don Garcia.

Num. 58. Y para que se perciba que esto es falso, y comenticio se ha de aduertir. Lo primero, que aunque por testigos lo procuro probar à vna quinta pregunta, en que lo articulo memorial num. 587. aunque se examinaron muchos, y treze respondé à la pregunta, como parece del memorial nu. 590. no dizen sino de oydas vagas, sin que depongan de fama, ni de publicidad, ni otra cosa alguna, y estas oydas pudieron ser al mismo don Garcia, y despues que se mouiò este pleyto, y assi es

co-

como sino depusieran, ex ijs quæ communiter iuris interpretes adducunt in terminis consanguinitatis probandæ, Folu. Patian. *de prob. lib.* 1. *cap.* 9. *per tot.* Farin. *de test. quæst.* 69. *à num.* 71. *& seqq.* quos, & alios omnes congessit lato calamo D. Castillo *controu. tom* 6. *cap.* 122. *num.* 3. *& seq.*

Pero lo que peor es, valese de vna translacion que refiere el memorial nu. 588. fol. 141. que suena auerse otorgado en 27. de Iunio de 1516. entre el señor Doctor Martin Vazquez num. 3. como marido de doña Catalina de Villobela num. 4. padres del señor Presidẽte fundador n. 6. Y el Licẽciado Garcia Perez Mançanedo, como marido de dicha doña Ana de Minchaca num. 29. Y doña Ysabel de Villobela, que no esta en el arbol, todas tres hermanas hijas, y herederas del Doctor Iuan Martinez de Villobela, y doña Ana de Minchaca num. 28. Num. 59.

Y al pie desta transacion està vna carta de pago simple firmada segun suena del dicho Doctor Martin Vazquez nume. 3. que dize al pie Doctor Vazquez de 19U600. marauedis, que confiessa recibiò para en parte de 25U marauedis, que por la dicha transacion se le quedaron debiendo. Num. 60.

Esta translacion conocidamẽte es falsa, y supuesta à fin de fabricar este parentesco por ella. Primò, porque el Escriuano ante quien suena auerse otorgado que en la compulsa dize llamarse Alonso de santa Cruz, y en el original de donde se compulsò Alonso Destaquz, y ser Escriuano de sus Altezas, y su Notario en la su Corte, y Chancilleria de Valladolid, tal Escriuano Alonso de santa Cruz, ni Alonso Destaquz no le huuo en Valladolid, ni en la Corte y Chancilleria della, antes, ni al tiempo, ni despues que suena su otorgamiento, ni jamas le huuo, ni se ha tenido noticia del. Num. 61.

Y aunque al Conde para su intencion le es bastante el afirmar que no huuo tal Escriuano, vt *in l.* 115. *tit.* 18. *part.* 3. & traddit Baldus *in auth. sed nouo iure, C. si certum petatur*, y se puede oponer esta excepcion en qualquiera parte del pleyto, y despues de auer callado, y no auer dicho nada contra el tal instrumento contra la persona, ni contra el oficio del Escriuano ante quien suena se hizo, y aun despues de auer passado por el tal instrumento, si nueuamente se bue lue a presentar aunque sea entre las mismas partes, vt docet Angelus *in auth. de instrum. caut. & fid. §. inhis collat.* 6. cuius doctrinam refert, & sequitur D. Greg. Lop. *in dict. l.* 115. *titul.* 18. *part.* 3. *glos.* 1. versic. *Et nota quod poterit de hoc opponi etiam si* Num. 62.

oppo-

opponens iam antea vigore eiusdem instrumentis &c. Y al que presenta el tal instrumento le incumbe la prueba, vt in dict. l. 115. ibi: *E quando tal contienda acaeciere dezimos que el juzgador debe mandar que aquel que muestra la carta en juyzio si se quiere ayudar della que lo auerigue, probando que aquel ome que dize en la carta que la fizo era Escriuano publico, &c.*

Num. 63. Sin embargo el Conde como tan Christiano, no quiso redarguyr este instrumento, ni oponer la dicha excepcion hasta auer hecho muchas diligencias, y enterarse de la verdad, y si huuo tal Escriuano o ha les hecho informandose de Escriuanos de Valladolid de los demas noticia, y que tienen matriculas de todos los Escriuanos, que ha auido en ella de ciento y cinquenta años à esta parte, y de otras personas de mucha noticia, y no la ay de tal Escriuano, ni le ha auido.

Num. 64. Y respecto de que, ni el Conde, ni su Procurador fueron citados para la compulsa deste instrumento, porque como parece al pie de la prouision compulsoria, solo fue citado por cumplimiento Francisco Yañez Fajardo en nombre de su parte, cuyo derecho no tiene connexion, ni dependencia cō del el Conde, ni le puede perjudicar esta cōpulsa, ni pudo preuenir antes el dezir, y alegar contra el instrumento, como despues lo ha hecho.

Num. 65. Pero don Gabriel Vazquez, vno de los opositores memorial fol. 10. pagin. 1. in fin. & pagin. sequent. opuso luego contra todos los instrumentos presentados por don Garcia, y otros, que *no son autenticos, ni està en forma probante, y que no les pueden aprobechar en manera alguna, y que no estan sacados con citacion*, y en especial opuso tambien contra el dicho don Garcia que el lazo de parentesco que queria dar entre doña Ana de Minchaca num. 39 y doña Catalina de Minchaca num. 4. madre del fundador es contra verdad, ni se prueba por escrituras, ni por testigos.

Num. 66. Esto que se opuso contra este instrumento es bastante, y puso en necessidad à don Garcia de verificar, y comprobar, que la persona ante quien suena auerse otorgado, era tal Escriuano. Porque lo mismo es oponer que el instrumento no es autentico que si dixera no ser Escriuano quien le hizo, pues de la autoridad publica que tiene el Escriuano nace que sea autentico, y publico el instrumento sic in specie disputando esta question pro vtraque parte docet, & tenet D. Greg. *in d.* *l. 115.*

l. 115 tit. 18 part. 3. glos. 1. ex doctrina Innocent. *in cap. 1. de cler.* per Bald. & Salic. *in auth sen nouo iure, C. si cert. pet.* Salicet *in l. comparationes colum. pen. C. de fid instr* Cardin. *in clem. 1. colum. 4. de procur.* Y aunque Ioan Andr. ad *specul. tit. de instr. edu. § restat, colum. 8. in fine illius additionis super parte illud autem,* puso en duda si era bastante el oponer solamente, que no es autentico sino es que añadiesse tambien que no era publico, *si tamẽ diceret non eße authenticum* (dize) *forte non sufficeret nisi, & adderet non esse publicum.* Lo cierto es que en estas dos palabras publico, y autentico no ay diferencia, y son sinonomas, vt ex eod. speculatore *dict. tit. de instr. edit. §. nunc dicendum numero 1.* Papiens. *in pract. in forma productionis instrum. numer. 12.* Scacia *de iudicijs lib. 2 cap. 11. à num. 1* 108. cum sequent. firmat Parex. *de vniuer. instr. edit tit. 1. resol. 3. §. 2 num. 36. tom. 1.*

Y no se excusara don Garcia de la necessidad desta comprobacion por la antiguedad del instrumento: Porque la ley *115 dict tit. 18 part 3.* ocurriò à este inconueniente dando diferentes formas de prueuas acomodadas à la diferencia de tiempos, en los instrumentos nueuos que se probasse scientificamente con testigos de vista, y en los antiguos por fama publica, ibi: *O que era fama entre los omes de aquel lugar que lo era, è vsaua de aquel menester.* Y assi mediante esta ley cessa la opinion de los Doctores que por derecho comun sin ley queriã por sola la antiguedad dar esta limitacion; como si para cosas antiguas no huuiesse probanças acomodadas, y posibles qual es la de oydas, y fama publica, y comparacion de otros instrumentos hechos por el mismo Escriuano. Quare sic intelligendo hanc legem, & pluribus pro se relatis id bene docet Parex. *dict. tit. 1. resol. 3. § 2. num 37 & seq. vbi numer. 42.* inquit que esta inteligencia à la limitacion que ponen los Doctores en fauor del instrumento antiguo es conforme al sentir dellos mismos. Porque se fundan en que es imposible que aya testigos que conociessen al tal Escriuano; ergo aperte sentiunt, & affirmare videntur, que no le excusarà de la probança posible la imposible que es solamente à la que no esta obligado, pero no ay razon ni fundamento para que lo dexe de estar à la que es posible, facil, y acomodada, vt diximus. Num 67.

V. supra vers. 2, n. 78. instrumentum antiquum [illegible] [illegible] ut [illegible] n. 81.

Esta excepcion, y otras ha opuesto el Conde mas en especifica forma, y las que del mismo instrumento constan, qual es, que en el registro no diò fee el Escriuano del conocimien- Num. 68.

to

to de los otorgantes al tiempo que fuera la otorgaron, ni firmò con los otorgantes. Y este requisito del conocimiento es tan essencial, que la ley le dà por forma, y por ninguno el instrumento que hiziere sin poner por fee el conocimiento de las partes al tiempo del otorgamiento *vt in l. 54. tit. 18. part. 3. & expressius in l. 14. tit. 25. lib. 4. Recop. Greg. in dict. l. 54. glossa 8. verb conocer*, vbi nullius esse momenti huiusmodi instrumentum in quo hæc solemnitas deficiat, attestatur, & *communiter* hanc opinionem receptam quæ fuit Baldi *in l. fin. §. cum igitur, C. de iur. delib* Parex. *de vniu. instr. edit. tit. 1. resol. 3 § 2. num.* 59. Y de la misma manera es tambien requisito formal, que el Escriuano ponga su firma al pie del instrumento inmediatamente con los otorgantes, vt *in dict l. 54. tit. 18. part. 3.* Y no se suplieron estos defectos cō auer dicho despues en la saca de la escritura, que conoce à los otorgantes: Porque al tiempo del otorgamiento es quando los ha de conocer, y ponerlo por fee, y firmar con ellos, vt expresse cauetur, & pre forma tradditur *in dict. l. 14. tit. 25. lib. 4. nou. Recop. & in dict. l. 54 partita* versic. *E quando todo esto ouiere escrito debe dexar vn poco de espacio en la carta, è dende ay vso fazer, y su signo, è escribir, y su nome en esta manera: yo fulano, &c. E despues fazer la carta publica por aquella nota, en la manera que sobre dicha es, è darla à aquel à quien pertenesce.*

defectus cognitiōnis otorgantium anullat contractus.

Num. 69. Y no solo por estos defectos ha redarguydo de falso el Cō de este instrumento, sino que realmente de los autos del pleyto resultan otras consideraciones muy vrgentes para el indicio de falsedad, y suposicion. Y entre ellas es, que si fuera cierto el parentesco tan cercano que se asienta por esta transacion, no fuera posible, ni es de creer que el señor Presidente fundador deste mayorazgo, quando fue Oydor de Granada, y grande amigo, y contemporaneo del Oydor Mançanedo en el arbol num. 30. le dexara de reconocer el parentesco tan cercano de primos hermanos, y se trataran como tales, y se preciaran dello como se preciauan de amigos. Y no solo no se trataron de tales, pero lo que mas es en el testamento con que muriò el Oydor Mançanedo, como à amigo, y confidente suyo le dexa, y nombra por su testamentario, y executor de su voluntad, y no le nombra, ni llama primo, ni pariente, que a serlo, aunque estuuiera en mas remoto grado se preciara, y estimara de nombrarle tal pariente, en especial en oca-

ocasion semejante, en que trataba de obligarle à que acetasse la testamentaria, y cuydasse de sus cosas. Y este testamẽto està presentado por don Garcia, para fundar como es nieto del Oydor, con que no puede dezir contra el. Nam instrumentum producens omnia, & singula tali instrumento contenta fateri videtur, ex iuribus vulgatis.

Y no serà congrua salida dezir, que pudo ignorar el parentesco. Porque quien se ha visto ignorar parentesco tan cercano habitando juntos en vna misma patria, y tierra, y con estrecha amistad; la ley excluye presumpcion de ignorãcia en este caso, *l. octaui*, versic. *Quia verisimile non videbatur tan coniunctum sanguine ignorasse, & c. ff. vnde cognati, l. de tutela* versic. *Ignarum non fuisse tam officium tutelæ quam sanguinis proximitas arguit, C. de in integr. rest. min. l. si vicinis, C. de nupt. l. consensu, §. super plagis, C. de repud. cap. quanto, de præsumpt. & cum* Bald. *consil. 295. num. 2. lib. 5.* Ancarr. *consil. 170. colum. fin.* Corneo *consil. 85. nu. 12. lib 3 firmat* Mascad. *de prob. concl. 1299. num. 9.* Num. 70.

Esta amistad, amor, y correspondencia con el Oydor Mãçanedo como auia quedado por su testamentario el fundador la continuò despues de su muerte con sus hijos, como parece de diuersas cartas escritas à ellos por el fundador presentadas por don Garcia, y aunque son muchas en ninguna les trata de parientes, ni dentro dellas, ni en los sobre escritos, solo vsa de las cortesias ordinarias como en aquel tiempo se vsaban, y si bien se haze reparo, dellas mismas se saca por sin duda que no eran parientes; porque en la primera que està memorial num. 600. dize entre otras cosas, *à essos mis señores hijos de vm. veso las manos*, alli era la ocasion, y tiempo de llamarlos *sobrinos*. En la segunda memorial num. 601. escribe à don Iuan de Minchaca en el arbol num. 31. padre de D. Garcia que litiga, y le dà el pessame de la soledad en que se hallaua por las muertes de los suyos, y dize assi. *Illustre señor en las cosas prosperas, y aduersas que à vm. y su casa sucedieren me cabe à à mi siempre la parte que como à tan su seruidor debo tomar, y assi me ha dado mucha pena saber la soledad de vm. con las muertes que en su casa han sucedido.* Si fuera pariente hijo de primo hermano, donde dize, *como à tan su seruidor*, no declarara el sentimiento por termino de *seruidor*; prosigue luego la carta, y dize. *Yo llegue à esta Ciudad con salud à los cinco del presente, y con estar en casa destos señores hermanos de vm. estoy muy contento, y hallo a mi señora doña Ana con mas, & c.* aqui era el tiempo, y ocasion Num. 71.

sion

sion de nombrar los parientes, ò sobrinos donde està recibiendo merced, y hosped je. *Remata la carta con dezir Illustre señor B.L.M. de vm. su seruidor el Licenciado Rodrigo Vazquez Arçe.*

Num. 72. En la tercera carta memorial num. 602. escrita al mismo vsa de los mismos terminos auiendo ocasion como en la antecedente, en que precissamente auia de manifestar el parentesco, si le huuiera. En la quarta escrita tambien al mismo memorial num. 603. aqui aun era mas precisso manifestar el parentesco: Porque responde à otra carta en que don Iuan de Minchaca le auia dado quenta como se auia casado con doña Mariana de Obregon, persona muy noble, dale la enhora buena, y entre otras cosas la de mayor agasajo es dezir, *à mi señora doña Mariana B.L.M. muchas vezes, y la suplico me conozca por muy su seruidor quanto lo soy de vm. y de sus padres*, remata la carta como *las antecedentes V.L.M. de vm. su seruidor Licenciado Rodrigo Vazquez de Arçe.*

Num. 73. La quinta carta memorial num. 604. escrita al mismo entra diziendo, *muy Illustre señor muy cierto estoy de lo que vm. se abrà holgado del casamiento de don Gonçalo mi sobrino.* Ofrecele ser su seruidor, y remata la carta como las antecedentes. Es de notar en esta carta, y en la siguiente que es la vltima memorial num. 605. escrita al mismo que el fundador al que era pariente le trataua de tal, y assi dize en esta *don Gonçalo mi sobrino*, y como no tenia sangre este sobrino con don Iuan de Minchaca à quien escriue, sino solo con el fundador, assi dize, *mi sobrino*, y como el mismo D. Iuan tampoco era pariente por esta razon jamas le trata de tal, y en la siguiente carta, como se ofrece hablar de vn don Garcia de Solis, y este era por algun lado pariente del fundador, y por otro lado pariente de don Iuan de Minchaca assi le llama, *nuestro sobrino*, para que se conozca la prudencia, y verdad con que escriuia sus cartas a quien era pariente agasajandole con el titulo de parẽtesco, y al que no le tenia con el de seruidor, y amigo, y ofrecimiento de correspondencia, y amistad. Y quiẽ se persuadira a creer que si el Oydor Mançanedo fuera primo hermano del fundador, huuiera callado el parentesco en tantas cartas? no es verisimil, ni creyble, pues entre las demostraciones de amor, festejo, y cortesia de que estan llanas, la mayor era manifestar el parentesco.

Otra

Otra conjectura de que este parentesco que se pretende es incierto, nace de q̃ como arriba se anotò, nunca probò don Garcia que doña Ana de Minchaca num. fuesse hermana de doña Catalina de Villobela madre del fundador, ni don Juan de Solis su tio en la probança que hizo el año de 601. to cante à esta filiacion, y descendencia quãdo el hecho era mas reciente, ni en la probança que hizo el año de 610. en otra vacante à este mayorazgo. Y auiendo seles mandado en aquel pleyto de Tenuta à D. Garcia que litiga, y à don Juan de Solis, que diessen memorial de su filiacion, y ascendẽcia, no dieron, ni señalaron à las dichas doña Catalina de Villobela, y doña Ana de Minchaca por hermanas, sino solo por mayor que el fundador, y el Oydor Mançanedo auian sido primos sin señalar los padres, ò madres que tuuieron. Y aunque despues de hechas las probanças presentaron la escritura de trãsacion, que queda dicha della no se diò traslado à los que litigauan, ni en su razon se hizo defensa alguna. Num. 74.

Otra conjectura de la dicha suposicion es, que el testamẽto otorgado por doña Ana Xiron de Soto, muger que fue del Oydor Mançanedo, presentado por don Garcia que litiga, està falseado, no solo porque le falta la postrera hoja, y no tiene fecha de su otorgamiento como se aduierte en el memorial num. sino que las hojas mas essenciales de en medio estan supuestas, y sacadas plana a renglon de diferẽte mano, y tinta, de que se conoce la falsedad, y que no tuuo otro fin mas de que por el se descubriria que doña Ana de Minchaca suegra desta doña Ane Xiron, y madre del Oydor Mançanedo, no era hermana de doña Catalina de Villobela madre del fundador, sino de diferente familia, y linage, y para que esta verdad se conozca ha pedido el Conde que se trayga, y se vea original este testamento con la pieça de donde se compulsò. Num. 75.

Desta falsedad resulta tambien quan poca fee se debe dar à otro testamento presentado por don Garcia de Minchaca, que refiere el memorial num. 570. y suena auerle otorgado esta doña Ana de Minchaca, madre del Oydor Mançanedo, en que pide por merced al señor Doctor Martin Vazquez su hermano, y à doña Catalina de Villobela Minchaca su hermana, num. 3. y 4. (estos son los padres del fundador) que cuyden de sus hijos. Nam cum semel quis vsus sit instrumento falso fortissima aduersus eum præsumptio insurgit, quod in Num. 76.

eadem

eadem similique materia alijs etiam falsis vtetur instrumentis, *l. si cui, §. 1 ff. de accusat.* Alciat. *regul. 2. præsumpt. cap. 7.* Nam hæc regula, quod *semel malus* in eadem, vel simili *militiæ specie* semper presumatur malus verissima est, quam tradunt Batt. *& omnes in dict. l. si cui* Pechius *in cap. semel de reg. iur. in 6 num. 7.* adeo, vt hæc præsumptio liquidissima dicatur probatio, & pro veritate habeatur, Gail. *lib. 2. obseruat. 97. numer. 6. versic. Et huiusmodi,* Menoch. *de præsumpt. lib. 1. cap. 1.* & releuat ab onere probandi Gail. *obseruat. 21. num. 8. lib. 1. & obseru. 62. num 9. lib. 2. obseruat. 69. numer. 13. obseru. 97. num 19. obseru. 128. num. 12. & de arrest cap. 7. num. 4. fuit doctrina* Bald. *in rubr. C. de procur. in princ.* Lex enim parificat istos casus scilicet, quod quis probet aut præsumptionem iuris habeat pro se, Alciat. *in probæmio de præsumpt. cap. 3.* Pechius *in dict. cap seme verb præsumitur num. 6.*

Num. 77. Ademas que este testamento, no se sacò con prouision del Consejo, ni citacion, y es traslado de traslado, que no haze fee, ni prueba alguna, *vt in cap. 1.* versic. *Si instrumentum authenticum non habemus ad exemplaria nihil facere possumus de fid. instr. l. 44. & l. 114. tit. 18 part. 3. cum alijs plurimis congestis à* Parex. *de vn. instr. edit. tit. 1. resol. 3 § 3. num. 3.* Ni le ayuda en este caso la antiguedad que parece tiene, porque esta se niega, y en esto està el punto, si es antiguo, ò fabricado de nueuo, y no auiendo estado en vso jamas, ni en obseruancia, no se dà credito al sonido que se le quiere dar de antiguo. Cum certissimum sit in iure, quod data instrumenti quantuncunque antiqua non probat instrumenti antiquitatem; porque es muy possible, vt instrumenta conficiantur, quæ antiqua appareant, & tamen recenter fabricata sint, como lo considera Aymon *de antiq. temp. 3 part. § vidimus num. 6. 7. & 8. & ex* Puteo *decis. 186. nu. 2. lib. 3.* Gratian. *discept. for. 554. num. 38. & num. 41.* Alex. Ludouis. *decis. 393. num. 2. & 5.* Rot. *decis. 187. numer. 10 & 11. tom. 5. in recent edit. ann. 1636* Burat. *decis. 290. num 8.* & Additib. *ibidem lit. C.* Fario. *decis. 681. num. 1 versic Et licet sola data part. 1. in posthum. traddit* Parex. *de vniu. instr. edit. tom. 1. titul. 1. resol. 3. §. 2. num. 39.*

Num. 78. Maximè, no auiendo estado en vso, y obseruancia cosa alguna de las que contiene este instrumẽto, ni del se vsò jamas, ni se ha tenido noticia alguna hasta agora que se ha presentado, aunque sea antiguo, no merece mas credito: Porque la obser-

obseruancia suele ser la que da mayor adminiculo, y suele suplir los defectos del instrumento aunque sean extrinsecos, vt *in l. filius, C. de petit hær. cap. peruenit de empt & vendit.* Innocēt. *in cap. Albericus num. a. de test.* Aym. *de antiq temp. 3. part. sect. 1. §. vidimus in genere num. 12 & num. 18.* versic. *Ego puto, quod talis enunciatio,* Paulus Castr. *consil. 81. num. 3.* Paz *de tenut. 1. tom. cap 26. num. 17.* Farinat. *decis. 31. num. 3.* versic. *Nec de obseruantia dictæ transactionis 2. part. in posthum.*

Obseruantia probatur

Y la prueua desta obseruancia incumbe al que se funda en el instrumēto, Abbas *in cap. 2. in fin. de censib.* Felin. *in cap. cum Bertoldus num 26. de re iud.* Rot. *decis. 294. numer 4 & 8.* Carol. Ruin. *consil. 104 num. 15 & seqq. lib 5.* Farinat. Alex. Ludouis. *& alij plures quos refert, & sequitur idem* Parex. *dict tom. 1. resolut. 3. §. 3. num. 138.* qui omnes asseuerant non sufficere quod probet obseruantiam in genere, vel æquiuocè sed specifice in casu quo loquitur instrumentum. Num. 79.

Ha opuesto tambien el Conde, y alegado contra este testamento, como contra la transacion, que no fue Escriuano ante quien suena se otorgò en esta manera *Lo otro, porque en especial el testamento que en 10. de Enero de 1526. suena auer otorgado la dicha doña Ana de Minchaca, en que pide por merced à los dichos Doctor Martin Vazquez, y doña Catalina de Villebela, suponiendo, y enunciando que son sus hermanos que cuyden de sus hijos es falso y falsamente fabricado traslado de traslado, y que el Escriuano ante quien suena se otorgò nunca fue tal Escriuano, ni jamas de tal testamento se vsò, ni llegò à noticia de nadie hasta que se mouiò este pleyto, no haze fee, ni prueua alguna, y siendo necessario, y à mas abundamiento le redarguyò de falso ciuilmente con juramento en forma.* Num. 80.

Respecto de lo qual puso tambien en necessidad a D. Garcia de no solo exhibir el original de dōde se sacò el traslado, sino tābien de probar q̄ era tal Escriuano ante quien suena se otorgò, como arriba se aduirtiò en la transaccion, & in specie instrumenti exemplati, por antiquissimo q̄ sea que se ha de comprobar, vel per famam, vel per comparationem aliorum instrumentorum, quæ ab eodem notario confecta sint, probant expresse Bald. *in l comparationes, nu 13. C de fid. instr.* Aymon *de antiq. temp. d. 3. part. sect. 1. §. vidimus num. 8. & seqq.* Afflict *decis. 251 in fin.* Mascard. *de prob concl. 1067. num. 12.* Gratian. *discept forens. 554. num. 38. & 39. & cum eis* optimè, & erudite, Parex. *d. tom. 1. tit. 1. resol. 3. § 3. num. 60. 61. & 62.* Num. 81.

V. supra n. 67

Y en

Num. 82. Y en el *num. 65.* este Autor id proculdubio procedere affirmat, quando la causa es graue, assi como de mayorazgo, in hæ verba *tertia limitatio æquè, & securè procedit quoties agitur de magno præiudicio veluti de auferẽdo maioratu à possessore, aut quid aliud huiusmodi de quibus cum Molina quem laudat mentionem facit Burges de Paz quæst. ciuili 5. num. 17.* versic. *Quarto quia, expendens ad hoc bonum text. in l. 4. tit. 1. lib. 5. Recopil.* ibi: *Saluo si el caso fuere de grande importancia, assi como sobre bienes de mayorazgo, ò sobre vassallos, ò fortaleza, &c.*

Num. 83. Y como este instrumento, y el de la transaccion, y los demas se sacaron, y compulsaron sin citacion se huuieran compulsado con ella, pudiera, y pudo el Conde impugnarlos, *quandocunque ante sententiam*, assi por ser tales los defectos, como porque el tacito consentimiento que se induze de la citacion hecha à su Procurador, y no auerlos impugnado se excluye, con que antes de la sentencia difinitiua se reconozcan, y opongan, vt pulchre docet Cardin. Mantic. decis. 129. n. 2. ibi: *Neque obstat quod Præpositi in eorum productione fuerunt citati, & nihil opposuerunt, & consequenter ex tacito consensu partis aduersæ fidem faciunt, vt post Host. tradit Ant. de Butrio, &c. Quia fuit responsum id habere locum post sententiam latam, vt non possit amplius opponi, quia tunc iudex intelligitur hæc iura recepisse; diuersum est si sententia non fuerit lata, quia tunc aduersarius potest opponere, quamuis non dixerit generalia contra. Nam iudex qui non protulit sententiam non videtur ea recepisse, & ideo sicut ipse ex officio potest illa reijcere, & fidem eis non adhibere, quia ad eum pertinet veritatem inuestigare, ita etiam pars aduersa potest opponere; Decius in auth. si quis in aliquo, n. 27.* vers. *Decimo, & vltimo fallit de edend. & ita distinguendo repugnantes cõciliat opiniones, Puteus decis. 119. lib. 2. & hæc distinctio à Dominis etiam fuit recepta coram Illustriss. D. Aldobrandino in causa tullen prioratus die 10. Nouembris 1582.*

Num. 84. Esta distincion his & alijs quam plurimis iuribus decisionibus, autoritatibus, & rationibus allatis neruose defendit Pareja *dict. tom. 1. tit. 1. resol 3. § 3. num. 102.* versic. *Nam certo certius est contra instrumentum huiusmodi vsque ad sententiam definitiuam posse obijcere, &c.* Maximè en tribunal tan grande donde solo se atiende à la verdad. Con que por todos medios queda respondido à la tacita objecion que se pudiera hazer al Conde de que su Procurador no impugnò antes estos instrumentos.

Num. 85. Lo vltimo, que para salir deste punto tocante à la exclusiõ

de

de don Garcia de Mlochaca se aduierte, que como arriba queda dicho, por testigos no ha probado en este pleyto cosa alguna tocante al parentesco con el fundador. Y aunque en vna probança que don Iuan de Solis opositor a otra Tenuta deste mayorazgo el año de 515. hizo à vna 5. pregunta mem. num. 572. articulò que el señor Presidente fundador, y el Oydor Mançanedo se trataron, y comunicaron por tales primos hermanos, y se correspondieron, y nombraron por tales, y algunos testigos lo dizen, y dan por acto positiuo el hospedaje que le hizieron en Vadajoz quando fue à la jornada de Portugal, de que arriba queda hecha mencion enla ponderacion de las cartas misiuas.

No ay que hazer caudal desta probança. Porque el fundamento por donde los testigos tomaron este error fue por el concepto que hizieron del mucho trato, y comunicaciõ, que nacia de amistad grande, atribuyendole a parentesco con el transcurso de treynta, y mas años, que passaron desde este trato, y comunicacion hasta que depusieron, que conocidamente se desuanecen sus dichos por las mismas cartas de correspõdencia, y testamento del Oydor Mançanedo, y todo lo demas que arriba queda aduertido, y ponderado. Y assi depusieron mejor otros muchos testigos en la misma probança respondiendo àla dicha pregunta 5. como se anota enel memor. num. 586. que se remiten a los papeles que sobre ello huuiere. Porque del tracto, y comunicacion que podia ser como era de amistad sola, no se inferia bien para el parentesco. Y de los papeles a que se remiten antes cõsta, y se conuence que no fueron parientes, y mucho menos primos hermanos. Num. 86.

Ademas que siendo probanças hechas en otro juyzio en q̃ no litigò el Conde, y por otro diferente opositor qual es dõ Iuan de Solis, que oy no litiga, ni pide nada, no pueden perjudicar al Conde. Porque es cierto que aquien no dañaria la sentencia, ni tampoco los autos, y probanças, cum sit res inter alios acta. *ca. inter dilectos* 6. versic. *Nec attestationes poterant eidem nocumentum aliquod irrogare eum inter alias personas, & in alio iudicio recepta fuißent de fid. instr.* cum alijs Mier 4. *part. q* 14. *n.* 31. *quem refert. & sequitur* Castill *tom.6 controu. cap.* 157. *num.* 22. *in fin.* Valenç Velazq. *consil.* 60. *num.* 45. *&* 46. Num. 87.

Res inter alios acta vide supra [illegible] 2 n. 99

De que resulta la exclusion de don Garcia. Y que no puede hazer competencia al Conde, quien auiẽdo probado tan ple- Num. 88.

na,y concluyentemente,y con toda certeza su parentesco en el grado que arriba se mostrò con los demas requisitos que pide el fundador,sin linage de duda ha de preferirse,y excluyr à don Garcia, cuyas probanças assi por testigos, como por instrumentos padecen tantos achaques,y vicios, y los demas defectos que se han aduertido,que la dexan no solo en terminos de dudosa,sino sin substancia,ni valor alguno.

Exclusion de don Gabriel Vazquez Dauila.

Num. 89. ¶ Don Gabriel en el arbol num. 22. como por el parece se halla con la vltima posseedora en dezimo grado como el Conde,segun el computo del derecho ciuil. En este mayorazgo latamente fundamos en el articulo primero que sola la precedencia del grado sin prerrogatiua de linea,ni representaciõ se ha de atender,y hallandose dos transuersales al vltimo posseedor *en vn mismo grado aunque el vno descienda del hermano mayor,no ha de tener prerrogatiua de linea,ni representacion, ni otro derecho alguno especial, sino que por su persona ha de preferir el varõ à la hembra,y si los dos son varones el mayor de edad al menor, y entre las hembras la mayor à la menor*,y esto por palabras literales, y claras del fundador,que assi lo ordenò,y quiso, y disposiciõ de derecho tambien en la forma que en dicho articulo segundo se aduirtiò,y fundò. Respecto de lo qual en vano pretende don Gabriel anteponerse por prerrogatiua de linea: maximè donde el,y los demas competidores todos son transuersales muy remotos,y tambien las cabeças de linea de donde cada vno desciende,y que el fundador quiso,y literalmente dispuso que sucediesse solamente quien fuesse mas cercano en grado al tiempo de la muerte del vltimo posseedor. Porque aun en los dos casos especiales en que diò representacion dispuso, que esto se entendiesse auiendo ocupado la persona que se pretendiesse representar la causa primera,ò el primer grado en la ☞ sucession al vltimo posseedor,que es el immediato que adquiriò para si, y sus descendientes prerrogatiua de linea, y no otro alguno,prout latius dict. art. 2. demonstrauimus. Y assi no se repite aqui.

Num. 90. Hallandose pues el Conde,y D. Gabriel Vazquez en vn mismo

 182

mo grado respecto de la vltima posseedora, y ambos con la calidad de varon ha de preferir el Conde necessariamente. Porque presentò en tiempo la fee de su Baptismo, memorial fol. 115. al principio à la margen de la pregunta octaua antes del num. 441 que aunque se compulsò sin citacion, ni prouision del Consejo, pero auiẽdose dado traslado à todos ninguno la ha cõtradicho, por ella cõsta que se baptizò en 22. de Diziembre de 1597. Y a este computo tiene ya cinquenta y tres años, de edad. Y esta probado memorial num. 387. à vna 17. pregunta en el derecho de don Diego de Contreras, que D. Gabriel tiene de edad à lo summo de treynta y dos, à treynta y tres años, y el tampoco lo niega; Porque no ha presentado la fee de su Baptismo, ni probado cosa alguna en quanto à su edad. Con que esta probada su exclusion en competẽcia del Conde de Peñaflor; quando se estimasse cõcurrir en el, por si, y su muger, y ascendientes las calidades que pide el fundador, y que no le obstassen los defectos que don Diego Pamo de Contreras le opone, memorial num. 21. fol. 12. B.

Exclusion de don Diego de Contreras Pamo.

¶ Don Diego en el arbol num. 26. quando aya probado concurrir en el todos los requisitos, y calidades de la fundacion, por si, y su muger, y ascendientes, y que no le obste la illegitimidad que se le opuso por la persona de doña Catalina de Auila su abuela materna. El Conde le excluye con lo mismo que queda dicho, y aduertido en la exclusion de don Gabriel Vazquez. Porque se hallan ambos conforme al arbol en vn mismo grado con la vltima posseedora, que es el dezimo en q̃ tambien se halla el Conde. Y asi por palabras literales, y claras del fundador quando dos, ò mas se hallaren en vn mismo grado entre los varones, ha de preferir el mayor de edad al menor. Y por la fee que ha presentado el mismo don Diego, parece que se baptizò en 24. de Diziembre de 1600. Y el Conde en 22. de Diziembre de 1597. Con que es manifiesta la exclusiõ de don Diego de Contreras, quien tambien reconoce en sus pedimientos memorial num. 21. fol. 12. B. y fol. 14. al principio, que en este mayorazgo en el caso presente la proximidad Num. 21

del

del grado ha de vencer sin atencion à prerrogatiua de linea, ni tampoco representacion, y en ygoal grado, y sexo la mayor edad.

Exclusion de D. Luys Vazquez de Arçe.

Num. 92. ¶ Don Luys en el arbol num. 17. tiene notoria exclusiõ en competencia del Conde. Porque quando se estime que ha probado legitimamente el parentesco que pretende, conforme al arbol, y que le assistan las calidades, y requisitos que pide el fundador por si, y sus ascendientes, y por la persona de su muger, y los suyos; hallase en onzeno grado con la vltima posseedora, y el Conde en dezimo, como arriba se aduirtiò al fin del articulo primero num. Y aunque se huuiera de hazer el computo de los grados, y proximidad, respecto del fundador se halla con el eñ octauo, y el Conde tambiẽ; y por este medio tambien le vencia. Porque hallandose ambos competidores en vn mismo grado, y varones ha de preferir el Conde por hallarse mayor en edad, y excluyr à don Luys, que es menor. Y que lo es se muestra. Porque no ha negado la mayor edad que el Conde ha alegado, y probado por la fee de su Baptismo, ni la ha impugnado, ni contra ella ha dicho cosa alguna quando por parte del Conde se presentò. Y por ser tan llano, ni don Luys ha alegado, articulado, ni probado su edad, ni en ella haze insistencia alguna. Prerrogatiua de linea mucho menos la tiene. Porque como se fundò supra en el articulo primero, y se aduirtiò tambien en la exclusion de don Gabriel Vazquez, y don Diego de Contreras en este mayorazgo, maximè, en el caso deste pleyto no la ay conforme à su fundacion, y clausulas.

Exclusion de don Pedro de Minchaca.

Num. 93. ¶ Don Pedro en el arbol num. 37. tiene tambien notoria exclusion en competencia del Conde. Porque aunq̃ es assi que estan en vn mismo grado, como del arbol, y probanças cõforme à el hechas se muestra. El Conde le precede por la mayor edad, y don Pedro la reconoce, porque ademas que no ha impugnado, ni contradicho la fee del Baptismo del Conde, por la qual consta que tiene cinquenta y tres años; don Pedro

como menor de veynte y cinco litiga por curador, memorial num. 18. fol. 7. B. Y assi por este medio llanamente le excluye, y se le antepone.

Y si se huuiera de atender à prerrogatiua de linea en la sucession presente deste mayorazgo, mucho mas cierta era la exclusion. Porque sin necesitar de llegar à la proximidad del grado, ni à la mayor edad, le vencia por la linea, respecto de que el Conde, y don Pedro tienen por rebisabuela comun à doña Elena de Minchaca en el arbol. nu. 33. que casò con Pedro de Villacis Recetor general de la Inquisicion de Seuilla, y veynte y quatro que fue della en el numero de los nobles, y Secretario de los señores Reyes don Fernando, y doña Ysabel, y tuuieron dos hijos don Francisco de Villacis num. 38. en el arbol, y don Iuan de Villacis num. 34. don Francisco fue el hijo mayor, visabuelo del Conde, y don Iuan visabuelo de D. Pedro que litiga fue el segundo, como consta del testamento comun que Pedro de Villacis, y doña Elena de Minchaca su muger otorgaron en que fundaron mayorazgo en cabeça de don Francisco visabuelo del Conde, y por la escritura de aprobacion, y ratificacion de dicha fundacion, que otorgò doña Elena, y otro nueuo mayorazgo que ella fundò despues; refierēse estas escrituras en el memorial num. 405. y siguientes folio 111. Num. 94

Veruntamen, como se probò en el segundo articulo, que no se ha de suceder en la especie deste pleyto por prerrogatiua de linea, sino por la precedencia del grado, y estando dos, ò mas en vno mismo, y en vn sexo, hemos de acudir à la edad; en ninguna manera se vale el Conde de la prerrogatiua de linea, ni necessita della, la qual en vn caso solo pudiera aprouecharle contra don Pedro, si hallandose como se hallan en vn mismo grado, y ambos varones no constarà de la mayor edad por hallarse baptizados en vn dia, y no parecer la hora. Nam tunc respecto de que el mayorazgo no se auia de partir, ni diuidir, el Conde que se hallaua con aquella ventaja, auia de preferir, vt in terminis prout aiunt terminantibus considerat D. Franciscus à Sousa *in repet. l. fœminæ 1. part num 295.* in hæc verba *Secundus casus est si prætensores in reliquis qualitatibus sint pares, verbi gratia si in casu patruelium non constaret quis ætate maior esset, & ita gradu sexu, ætateque, pares essent; tunc enim profecto iustum conueniensque videtur, vt is qui extiterit in meliori linea de qua supra* Num. 95

alte-

alteri præferatur, ex rationibus, & authoritatibus quas pro eius lineæ consideratione adduximus quæ hoc casu admitti iure debent.

Num. 96. Quæ abundantius ideo adduximus, para que mas claro conste de la justicia del Conde, que parece la tiene, ex omnibus supra animaduersis, para excluyr à sus competidores, y que se le dè la Tenuta deste mayorazgo conforme à su pretension. Salua in omnibus D. V. D. C.

Licenciado Iuan de Llona.